

**Impugnação 06/07/2021 17:32:58**

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO AMAPÁ Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO N.º 10/2021 A CLARO S.A., CNPJ n.º 40.432.544/0001-47, com sede na Rua Henri Dunant, 780 Torres A e B, Santo Amaro – São Paulo – SP, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença desse I. Pregoeiro, apresentar IMPUGNAÇÃO pelos fatos e fundamentos que passa a expor: Ao analisar o edital em epígrafe observa-se disposição que atenta contra os princípios da legalidade e da competitividade, podendo, por esta razão, afastar interessados neste procedimento licitatório e consequentemente impedir que o TRE-AP selecione e contrate a proposta mais vantajosa. É com o objetivo de garantir a eficácia e legalidade do certame que a licitante propõe alterações do instrumento convocatório.

I – DO PRAZO PARA ATIVAÇÃO DOS SERVIÇOS – TERMO DE REFERÊNCIA E SEUS CORRESPONDENTES / AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE Os itens em referência apresentam o prazo de 30 (trinta) dias para a instalação do serviço após a assinatura do Contrato. É cediço, entretanto, que o prazo ora previsto é extremamente curto e não reflete a envergadura do projeto, além do que, existe um grande processo de compra, logística, entrega envolvidos na ativação dos circuitos que envolvem a instalação, montagem, configuração, ativação, operação, manutenção, fornecimento em comodato dos equipamentos necessários à execução dos serviços e que serão realizados pela Proponente, sem contar o estado excepcional de Pandemia de Covid-19 que o Brasil e o mundo vem enfrentando. É cediço que o atual cenário econômico provocado pela pandemia mundial, pressupõe maiores restrições na atuação de rotinas operacionais e quanto a celeridade das atividades, adaptações nos processos usuais tiveram que ser redimensionados junto corpo técnico, levando em conta a segurança pessoal com uso de EPIs adicionais, e a fornecedores que foram afetados com os prazos de logística e de fabricação dos insumos. A fim de se respeitar a razoabilidade e a boa fé objetiva do presente certame – visto que do contrário, as licitantes incorrerão em grave e desproporcionado risco de penalidades contratuais –, faz-se necessária a previsão de tal prazo dentro de parâmetros revestidos de razoabilidade e proporcionalidade. Desta feita, é imperioso que o prazo em comento seja fixado em pelo menos 60 (sessenta) dias a partir da assinatura do Contrato, de modo a tornar plenamente exequível o futuro Contrato. Qualquer outro prazo ensejará aumento abrupto e desnecessário dos riscos de penalidades para o particular quando da contratação dos serviços, o que além de acarretar uma maior oneração para a Administração Pública sob a forma de repasse financeiro nas propostas a serem apresentadas, configura-se como uma regra que fugirá às inteiros da razoabilidade e da comutatividade contratual que se pretende com a licitação. Ademais, há que se cogitar os sérios riscos de aplicação de outras penalidades contratuais, inclusive as decorrentes da hipótese de rescisão do contrato, cujo risco imensurável poderá afastar deste Certame os eventuais interessados. Há que se salientar, por oportuno, que os atos Administração devem ser balizados pelo Princípio da Razoabilidade. Neste diapasão, cabe-nos transcrever o que ensina a melhor doutrina acerca de tal Princípio, que se não alterados os termos editalícios, será completamente ferido. Sobre este princípio, vejamos: “Trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito e apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário. A decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’, o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito a que a sustentam ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar.” (grifos nossos) (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 16ª Ed. Atlas, São Paulo) Já o i. Doutrinador Celso Ribeiro Bastos define a Razoabilidade como sendo “um Princípio que a Administração, ao atuar no exercício da discricionariedade, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.” Nesta mesma esteira, ensina-nos o Administrativista Hely Lopes Meirelles em sua obra “Direito Administrativo” (Ed. Malheiros, 26ª edição, 2000, págs. 86 e 87) sobre o princípio administrativo da razoabilidade: “Razoabilidade e proporcionalidade: sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição do excesso que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais... não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou intérprete. ...” (grifos nossos). Desta feita, pugnamos para que o Instrumento Convocatório conste prazo não inferior a 60 (sessenta) dias para que seja implantado o serviço demandado relativo ao objeto da presente licitação.

II – QUESTIONAMENTO: DA NECESSÁRIA REDEFINIÇÃO DO OBJETO EM LOTES DISTINTOS O Instrumento Convocatório não é claro quanto ao Critério de Julgamento, a considerar que ora dispõe que o critério será o de menor preço POR ITEM e em outro momento dispõe que será o de menor preço. Estamos entendendo que a licitante poderá participar de tantos itens quantos lhe interessar e/ou lhe for viável tecnicamente. Está correto o nosso entendimento? Na remota hipótese de o critério de julgamento for por lote (grupo) único, tal disposição afrontará a ampla competitividade no certame, até mesmo induzindo o certame a poucas empresas, senão apenas uma, que será(ão) capaz(es) de fornecer, simultaneamente os serviços supracitados. Tal situação contraria o próprio pressuposto lógico da licitação – a competição – tendo em vista a restrição do número de participantes, razão pela qual o objeto e o edital devem ser reformulados, através da divisão do objeto em lotes distintos por localidades, a fim de permitir a participação de todas as Empresas de Telecomunicações efetivamente capacitadas para prover os serviços pretendidos e assim garantir uma contratação mais vantajosa para a Administração. É cediço que licitar em lotes permitirá a Administração ampliar as vantagens econômicas, já que em que cada lote, a Administração terá a possibilidade de um maior número de competidores e consequentemente a obtenção do menor preço possível do mercado. Evidencia-se que, o Edital nos moldes estabelecidos inviabiliza a participação da ora impugnante, alijando-a do certame, além de trazer aspectos que ferem a legalidade, isonomia e a competitividade do mesmo, pois somente poucas empresas, senão apenas uma, tem condições de prestá-lo, desfavorecendo, inclusive, as empresas “entrantes” nesse tipo de mercado. Como dito, tal separação do Objeto do atual Lote Único em Lotes distintos viabilizará efetiva competição no certame e economia na seleção da melhor oferta, sem que seja condicionado que uma empresa para prestar o serviço na Capital e adjacências tenha que fazê-lo igualmente nas demais localidades do Estado. Manter, pois, tal determinação significa restringir as possibilidades de oferta no certame licitatório, o que é vedado pelos Princípios Constitucionais da Moralidade, Impessoalidade, Isonomia e Ampla Competitividade. Considerando todo o exposto, verifica-se ser necessária a alteração do Instrumento Convocatório em questão visando possibilitar efetivamente aos demais interessados, como a CLARO (Sucessora por Incorporação de EMBRATEL S/A), oferecer condições comerciais mais vantajosas para a Administração, sem que nenhuma licitante que porventura não atenda a todos os serviços licitados seja prematuramente excluída do certame, sem ao menos ter a oportunidade de competir. Observa-se claramente que o modo como está disposto o edital é despiendo, uma vez que não

observa a ampla competição, pois somente um fornecedor poderá prestar o serviço em tela em tais moldes. Tal exigência é excessiva principalmente se considerarmos que com a competitividade no mercado de telecomunicações, existem várias empresas que conseguem prestar os mesmos serviços, com critérios de qualidade idênticos, padronizados por força das normas regulatórias expedidas pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, para o provimento do serviço de Telecomunicações. Em suma, mantida a opção atual, estar-se-á frustrando o princípio da isonomia, uma vez que a exigência formulada restringe seriamente o número de empresas hábeis à prestação dos serviços, o que em uma última análise não favorece a verdadeira, justa e ampla competição e a economicidade da contratação. Para ilustrar a importância do Princípio da Isonomia, transcrevemos ensinamento do ilustre Jessé Torres Pereira Júnior (“Licitações de Informática”, Renovar, 2000, pág. 30): “(i) O Princípio da Igualdade impõe à Administração elaborar regras claras, que assegurem aos participantes da licitação condições de absoluta equivalência durante a disputa, tanto entre si quanto perante a Administração, intolerável qualquer espécie de favorecimento;” Considerando-se os dispositivos legais, princípios constitucionais e entendimentos doutrinários sobre a matéria, não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes ou os desnivalem no julgamento, conforme preceitua o art. 3º, § 1º da Lei nº 8.666/93, de aplicação cogente ao certame em questão, a seguir transcrito, in verbis: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.” Nesta esteira, merece destaque a Lei de Licitações, que em seu artigo 3º, § 1º, inciso I, prevê expressamente como intolerável a atuação contrária ao interesse público e à competitividade, proibindo peremptoriamente a adoção de condutas dissonantes com os desideratos da Lei. “Art. 3º - §1º - É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;” (grifamos) A separação do objeto do presente certame, indubitavelmente, trará maior transparência aos valores das propostas para os serviços contratados, propiciando, além disso, uma maior competitividade entre os licitantes para prestarem os serviços individualmente considerados, assim como uma contratação mais vantajosa para a Administração e com maior controle e transparência dos gastos, o que respeita os clamores do Interesse Público. Cabe lembrarmos o disposto no art. 23, §1º, da Lei 8.666/93, in verbis: “§ 1º - As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.” Nesta oportunidade, destaca-se o posicionamento E. Tribunal de Contas da União, em sua súmula 247, a saber: “É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais de licitações para contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.” (grifos nossos) Como se observa, a lei e a Jurisprudência são claras ao determinarem o fracionamento do objeto sempre que a natureza do serviço permitir e, principalmente, quando significar economia, conforme já mencionado. O mestre Marçal Justen Filho, ao comentar o dispositivo supra, leciona com propriedade: “As contratações devem ser programadas na sua integralidade, sendo indesejável execução parcelada. Mas execução (programação) parcelada não se confunde com o fracionamento do objeto em diversos lotes ou parcelas. No caso do fracionamento, a Administração divide a contratação em inúmeros lotes, cujo conjunto corresponde à satisfação integral da necessidade pública. Em princípio, todas as contratações fracionadas são executadas simultaneamente. (...) O art. 23, § 1, impõe o fracionamento como obrigatório. A regra retrata a vontade legislativa de ampliar a competitividade e o universo de possíveis interessados. O fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes). Trata-se não apenas de realizar o princípio da isonomia, mas da própria eficiência. A competição produz redução de preços e supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através da realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única.” (grifo nosso) Para Jessé Torres Pereira Júnior, ao comentar acerca do parcelamento do objeto, o dispositivo quer “ampliar a competitividade no âmbito do mesmo procedimento licitatório, destinado à compra da integralidade do objeto. A ampliação adviria da possibilidade de cada licitante apresentar-se ao certame para cotar quantidades parciais do objeto, na expectativa de que tal participação formasse mosaico mais variado de cotações de preço, barateando a compra, de um lado, e proporcionando maior acesso ao certame a empresas de menor porte, de outro” (in, Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração). A doutrina acima colacionada encaixa-se perfeitamente ao caso em análise, uma vez que no presente edital não há qualquer óbice ao fracionamento do objeto. A Administração será a maior beneficiada ao promover um processo licitatório verdadeiramente amplo e isonômico, uma vez que, através do desmembramento do objeto tal como solicitado, estimulará a competitividade, abarcando o maior número possível de licitantes. Assim, conforme infere-se da leitura anterior, deve a Administração Pública procurar sempre estimular a competitividade e economicidade do serviço licitado, abarcando o maior número possível de licitantes. Tal providência, in casu, pode ser obtida com o desmembramento do objeto. De fato, a alteração do presente Edital, nos termos acima expostos, é essencial para viabilizar a participação da CLARO e de demais interessados em participarem de forma competitiva e em condições de oferecer propostas comerciais vantajosas para a Administração, procedendo-se à divisão do objeto em Lotes distintos, conforme proposto acima. III - DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando ao TRE-AP selecionar a proposta mais vantajosa para cada um dos serviços contratados, assim como manter a legalidade do certame e do futuro contrato administrativo, através da correção da incoerência aqui apontada. Ante o exposto, a fim de garantir o caráter equânime e competitivo da licitação, bem como a aplicação dos princípios da legalidade e da justa competição, requer a alteração do edital no termo proposto acima. Ainda, na hipótese do I. Pregoeiro não acolher as presentes razões, digne-se a recebê-las como impugnação aos termos do edital, com efeito suspensivo, de acordo com o disposto na legislação vigente. Macapá, 05 de julho de 2021. _____ Newton Cunha da Costa GERENTE DE CONTAS CLARO

Fechar